"יד קלה על ההדק" – רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפטי של אימוץ כפוי

דיון בספר
מירה ברקאי ומילי מאסס, משמעות המושגים "מטוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי־דין של בית־המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים[1]

יונתן יובל*

[א]

טוכני המשפט עובדים באמצעות קטיגוריוציות, שדרכן הם מכירים את העולם ומעצבים את הידע שלהם עליו. אחד האופנים המשפטיים הטיפוסיים של הבנת העולם – וכשלעצמו, מניפולציה המופעלת במישור עיצוב הידע – הוא שיבוץ של הסגולות והתכונות האנושיות ויצירת תמונות חלקיות, מקומיות, אידיאולוגיות, של הפעילות האנושית.[2] דילמות משפטיות שונות נענות בתשובות שונות לשאלות "מה נחשב?" ו"מהו הדבר החשוב בהיות אנושי בתחום זה?" המשפט מעצב ידע, שבאופן טיפוסי אינו תרגום

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ח.

2. למונח "אידיאולוגיה" משמעויות שונות בהקשרים שונים (שחלקן אידיאולוגיות כשלעצמן). במובן הרחב ביותר הרלבנטי לענייננו, אידיאולוגיה נדרשת לבחירות ולהירדכיות הטעונות משמעויות ערכיות ופוליטיות, שהתרבות רוויה בהן, והמוצגות במסווה של שיח ניטרלי מבחינה ערכית. לדיון ראשוני ראו: Terry Eagleton, *Ideology: An Introduction* (Verso, London, 1991). סקסט־היסוד בחקר מושג ה"אידיאולוגיה" הלשונית הוא: Michael Silverstein, "Language Structure and Linguistic Ideology", *The Elements: A Parasession on Linguistic Units and Levels* (Paul R. Clyne, William F. Hanks and Carol L. Hofbauer - eds., Chicago Linguistic Society, Chicago, 1979) 193.

nevo.co.il

מדויק של התשובות הניתנות לשאלות דומות בתחומי ידיעה שונים, משום שהמשפט הוא מערכת השואלת את השאלות ומבקשת להכיר את העולם לצרכים ומטעמים שונים מאשר תחומי עיצוב ידע אחרים. למשל: בנסיונו לקבוע קטיגוריות לאי־נשיאה באחריות מטעמי אי־שפיות המשפט מעוניין בתופעות של פגיעה מנטלית באופן שונה מזה של המדען או הרופא, ולפיכך – בידע מסוג שונה,[3] עיצוב הידע המשפטי הוא תמיד מכשירי, וההחלטות המעשיות (במובן הפילוסופי המרחיב של practical) שהשחקנים על במת המשפט, ומאחורי קלעיו, ובניהם מקבלים – מניעות את עיצוב ידע זה ומונעות על־ידו. החלטות אלו מונעות על־ידי טעמים ושיקולים נורמטיביים, והמשפט מעוניין לא בתמונת־עולם מדעית אלא בתמונת־עולם שתשרת באופן הטוב ביותר את הטעמים הנורמטיביים הללו. לעתים קרובות – היות שהמשפט מתממש בעולם, מספר ובוחן את העולם – משתדלים שופטיו לאמץ דרכי הבנת עולם חיצוגיות (ואז השאלה היא, הבנת של מי?) לא מן הטעם שידע זה תקף יותר ממשנהו, אלא ששיקולים נורמטיביים דורשים כי דרכי הבנת העולם שבית־המשפט אוכף לא תהיינה זרות ומנוכרות לגבי המציאויות החברתיות שעליהן הן חלות.[4] לעתים המשפט מתעלם במכוון ממערכי ידע עממי, מדעי או מומחה, ולעתים, בהיעדר ידע מדעי, הם עוקפים ידע על בסיס מערכת של פיקציות.

אך לא רק השיקולים הגלויים של מדיניות משפטית מכוונים את בית־המשפט בפעילות עיצוב הידע. הידע שבית־המשפט מעצב מכונן על־גבי תפיסות תרבותיות ואידיאולוגיות

3. ראו: Michael Moore, *Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship* (Cambridge University Press, Cambridge, 1983). דיון מעניין (אך בלתי־שיטתי) הניזון מנקודת־מבט שיפוטית נמצא אצל: Patrick Devlin, *Samples of Lawmaking* (Oxford University Press, Oxford, 1962). העיקרון שלפיו כל שיח וכל מערכת ידע מתויבים לפרה־סופוויציות פרשניות התוחמות ומגדירות את הפעילות במסגרתם נוסח על־ידי Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (2nd rev. ed., Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall - trans., Crossroad, New York, 1989). ראו מנחם מאוטנר, "גדמר והמשפט", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 367.

4. דוגמא לכך היא הגישה התוזית הידועה כ־relational contract theory. לגישה זו גוונים ורבדים שונים ולא כאן המקום לדון בהם, אך אחד מעקרונותיה הוא כי על בתי־משפט ללמוד דרכי אינטראקציה והתקשרות שונות תופסות ביוצרות יחסים חיוביים (obligatory) ולהכיר בהם, גם אם הללו אינם תואמים מודלים אנליטיים המוכרים בדין (למשל: הנרטיב של כריתת חוזה על דרך של הצעה וקיבול). עמדה זו נובעת במידה מרובה ממחקרים אמפיריים שחקרו הבנות נורמטיביות לא־משפטניות של אינטראקציות כאלו. ראו: Stewart Macaulay, "An Empirical View of Contract", *Wis. L. Rev.* (1985) 465; Charles J. Goetz and Robert E. Scott, "Principles of Relational Contracts", 67 *Va. L. Rev.* (1981) 1089. על יחסים בין משפט ולשון בהקשר זה ראו: Jonathan Yovel, "What is contract Law 'About'? Speech Act Theory and a Critique of 'Skeletal Promises'", 94 *Northwestern L. Rev.* (2000) 937.

nevo.co.il

המתפקדות ברובד עמוק ובסיסי יותר מאשר הנורמות המשפטיות במובן הפוזיטיביסטי.[5] שאלות, כגון מיהו אדם פרדיגמטי? מיהו אדם חלקי? מיהו סוטה? את קולה של מי מדמויות הנרטיב השיפוטי בית־המשפט מאמץ על ורך של ריבוי פסבדו־אובייקטיבי? אילו סוגי סיפורים מעדיף בית־המשפט לשמוע? אילו אסטרטגיות של טיעון ואמצעים נרטיביים מוצאים אצלו קשב? ואף שאלות כלליות יותר, כגון לאילו סוגיות מקדיש בית־המשפט את הקשב והדיון שלו ואילו הוא דוחק לשוליים? ולמי, בפילוח פוליטי, חשובות דווקא הסוגיות הנדחקות?

שאלות אלו ואחרות אינן נידונות באופן טיפוסי ברובד הטקסט הגלוי. התשובות להן נמצאות בסב־הטקסט הרטורי של ההלטות שיפוטיות. השפה אינה מכשיר שקוף לייצוג תכנים נורמטיביים ועובדתיים (במובן הפוזיטיביסטי),[6] היות שרובדי השפה עצמם מחויבים לעמדות אידיאולוגיות. כותבים – שופטים ואחרים – משתמשים במנגנונים לשוניים תיאוריים המחייבים אותם לבצע בחירות (מודעות ולא־מודעות) בין אלטרנטיבות כשהם מעצבים ידע, ובאמצעותו – את ה"עובדות" שעליהן "מחילים" את המשפט. לדוגמא: בפרשת אזואלוס נ' מדינת ישראל[7] מספר בית־המשפט את סיפורה של אשה שבעלה הרג אותה ואת מאהבה בנסיבות שמשום־מה מקובל להגדיר "על רקע רומנטי". במהלך תיאור המקרה הקצר מצוינת המנוחת בשני אופנים, ששניהם מתייחסים באופן אנאפורי לבעלה: כ"אשת המערער" וכ"אשתו" (סה"כ 23 פעמים). שמה היה שרה אזואלוס, אך אף במקום אחד אין היא מוזכרת בשם זה. קיימות דרכים נוספות לציינה, שאף אחת מהן אינה מדויקת יותר או פחות מן האחרת, אך לכל אחת מהן מרכיב תיאורי המבטא בחירה בין מרכיבי זהותה האפשריים ומקם אותה בהקשר ספציפי: "המנוחה",

5. ראו מנחם מאוטנר, "שכל־ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", **פלילים** ז (תשנ"ט) 11; James Boyd White, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism* (The University of Chicago Press, Chicago, 1990); James Boyd White, "The Judicial Opinion and the Poem: Ways of Reading, Ways of Life", *Heracles' Bow* (University of Wisconsin Press, Madison, Wis., 1985) 107; Peter Brooks, "Storytelling Without Fear? Confessions in Law & Literature", 8 *Yale J.L. & Human.* (1996) 1; Paul Gewirtz, "Narrative and Rhetoric in the Law", *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (Peter Brooks and Paul Gewirtz - eds., Yale University Press, New Haven, 1996) 2.

6. התיבה "נורמטיביים ועובדתיים" הושמה לשם הבהרה. איני טוען, שתחומים אלו מוציאים זה את זה או עצמאיים זה ביחס לזה.

7. ע"פ 3071/92 **אזואלוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ (2) 573. פרשה זו נידונה לא־מעט בספרות המשפטית ועוד היד נטויה. ראו אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האשה: הום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקינטור בהלכת אזואלוס", **פלילים** ו (תשנ"ז־תשנ"ח) 137; שולמית אלמוג, "'עיני המערער חשכו' – בין הנרטיבי לנורמטיבי", **מחקרי משפט** טו (תש"ם) 295; שולמית אלמוג, **משפט וספרות** (נבו, 2000), 57–96.

nevo.co.il

"הקרבן", בשמה־שלה, כבת זו־זוה, אֵם אלו ואלה, המאהבת של השכן וכדומה. איי־הופעתה האוטונומית של המנוחה בסיפור שלא מתוך יחסי־התלות של וזותה בבעלה יוצרת־ומכוננת (construct) תפיסת זהות ברובד כמעט אונטולוגי: מחותה של אשה זו – בהיותה אשה לבעלה. הקוראת את פשעו של הבעל – קרי: הריגת אשתו – ממקמת אותו בהכרח על רקע חטאה־שלה ("בגידה"), שאינו רק חטא נורמטיבי או מוסרי כלפי בעלה או קשרי־הנישואין שלהם, אלא חטא אקסיסטנציאלי כלפי עצם זהותה.

מרכיבי־שיח אלו והפונקציות הרטוריות שלהם הם צידים מרכזיים בספרן המרתק של מירה ברקאי ומילי מאסס, **משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי־דין של בית־המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים**, שעל־אף רזון תיאורטי מסוים הוא מחקר אמפירי מאיר־עיניים בביקורת נרטיבית־לשונית של האידיאולוגיה האשכנזית־בורגנית השלטת בתחום דיסיפלינרי זה בבתי־המשפט בישראל ושל המנגנונים הלשוניים המשרתים את האידיאולוגיה, ובעת ובעונה אחת מסתירים אותה.

[ב]

נטילת ילדים מהוריהם ומסירתם לאימוץ נגד רצון הוריהם הביולוגיים היא אחת מן הפעולות הפולשניות ביותר שהמשפט מבצע, וייתכן שהפולשנית ביותר מחוץ למשפט הפלילי. בישראל, המאפיינים המרכזיים בקבלת החלטה על אימוץ כפוי הם קביעת בית־משפט שההורים נטולי "מסוגלות הורית" – תנאי לאימוץ, המתגבר על חזקת ההחזקה בילד של ההורה או ההורים – ו"טובת הילד", שבית־המשפט רשאי להביאה בחשבון רק לאחר שהוכחה עילת האימוץ.[8] כבר בתחילת מחקרן של ברקאי ומאסס עולה, כי מבחנים

8. חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293, סעיפים 13(7) ו-1(ב). להתקיימות עילת האימוץ כתנאי הכרחי המנותק משיקולי טובת הילד ראו, למשל, ע"א 2075/96 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט (5) 476, שם נקבע כי "אין די בשיקול של טובת הילד כדי להכריז ש[הילדה] היא בת־אימוץ, אלא צריך, קודם כול, גם להוכיח לפני בית המשפט שהתקיים תנאי מן התנאים שנקבעו בסעיף 13 לחוק האימוץ, ובמקרה זה התנאי של זוסר מסוגלות הורית לפי סעיף 7(13) לחוק" (שם, 480).

עם זאת, עיון בסעיף 13 הנ"ל מלמד כי המשגת המסוגלות ההורית אינה בהכרה מנותקת משאלת טובת־הילד. סעיף־קטן 7 מגדיר מצב בו "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו" (ההדגשה שלי – י"ר): כראוי למי, אם לא לילד? בדנ"א 7015/94 **חיועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ (1) 48, מפרשת דעת הרוב, הליברלית יותר בהתרת אימוץ כפוי (השופטת דורנר) את החוק כקובע סדרה של חזקות, ששובת הילד מחזיקה בהן מעמד על: באין עילת־אימוץ ההזקה היא כי טובת הילד היא בחיותו עם הוריו הטבעיים, אך חזקה זו ניתנת לסתירה. מוסיף השופט חשין, כי עילות־האימוץ עצמן, אף שאינן מבירות בטובת־הילד כעילה כשלעצמה, נגזרות מטנה: "כל העילות המנויות בחוק אין הן אלא בנות לאינטרס הקטין, ומאותו אינטרס בונות הן את עצמן" (שם, 106). לעומת זאת, דעת המיעוט הנמרצת של השופט גולדברג רואה בעמדה זו קיפוח של ההורים הטבעיים, והוא מפרש את החוק כהיררכיה נוקשה בין עילות האימוץ ושיקולי טובת הילד,

ומושגים אלו אינם מנותקים זה מזה: מסוגלות הורית נתפסת בדרך־כלל כיכולת לקדם את טובת הילד באופן שבית־המשפט מבין אותו ועל־פי המודלים הנורמליים של משפחה וחברות המקובלים עליו.

הטיעון המרכזי העולה מן המחקר הוא, כי לדינמיקות נרטיביות ורטוריות תפקיד מרכזי בהחלטות אימוץ בבית־המשפט העליון וכי על־ידי ניתוח טקסטואלי מפורט אפשר לחשוף עמדות אידיאולוגיות שבית־המשפט מקדם בפרשו את מבחני המסוגלות ההורית וטובת הילד.[9] הניתוח עצמו מעלה מסקנות ביקורתיות במונחי עיצוב הידע, כפי שתואר לעיל: בית־המשפט אוכף מודלים פרדיגמטיים ושמרניים של התא המשפחתי, האדם הראוי ו/או השלם, באופן בלתי־הקשרי, על מגוון רחב של מצבים שונים. אופני שחזור המציאות של בית־המשפט אינם פתוחים לקבל מודלים אלטרנטיביים לתפיסת המשפחה הדואלית הגרעינית ויחסי ההורים-ילדים שמודל זה מנביע באסוסיאציות תרבותית. תוך שימוש באמצעים רטוריים מעביר בית־המשפט את הדיון בהוריים מניתוח של מסוגלות ללשון של אשמה. המחקר גורס, כי "הדיון בבית־המשפט נסב על דרכי שיחזור שונות של המציאות, והחלטת בית־המשפט מתבססת על צורת השיחזור המציעה את הסיפור המשכנע".[10] החוקרות מנתחות את האמצעים הרטוריים שבהם משתמשים פסקי־הדין ונוסף על כך בודקות אמצעים רטוריים חלופיים לייצוג העובדות. זאת עשו על־ידי התלפה מודרגת של ביטויים ויצירת "גרסאות אלטרנטיביות" לנרטיבים השיפוטיים. כך, למשל, הוחלף במקום אחד הביטוי "יש חשש" ב"יש יסוד", והביטוי "טעללי האם" – ב"מעשי האם".

כך ש"על בית המשפט לבדוק אם קיימת עילת אימוץ לפי החוק קודם לבדיקת טובת הילד" (שם, 86); והוא מצטט בהסכמה "כלל גדול" מתוך בג"ץ 243/88, בשג"ץ 168/88 (אח' קונסלוס ואח' נ' ש' תורג'מן ואח', פ"ד מה (2) 626, לפיו "קיומן של אחת מעילות האימוץ המנויות בסעיף 13 ... הוא תנאי מקדמי וראשוני להכרזת הילד כבר־אימוץ, באין הסכמת ההורה, והשיקול של טובת הילד בסוגיית האימוץ מקומו רק לאחר שהתקיימה ומצויה עילה מעילות האימוץ המנויות בסעיף 13 האמור" (ההדגשות במקור – י"ז) (שם, 639). גם השופט ד' לוין גורס ברעת־מיעוט כי "משנכונה האם הביולוגית במסוגלות הורית ... אין ליטול ממנה את הילד ולמוסרו לאימוץ, אפילו אם זה מטובת הילד בשלב הזה, ואפילו הוריו המאמצים יכולים להעניק לו מכל טוב ובשפע רב" (שם, 83). לטעמי נראה כי הפיתרון הנכון הינו, שעילות־האימוץ האמורות מחייבות סף מינימום של דאגה לרווחת הילד (רגשית, חינוכית, כלכלית) ומבחינה זו הן אכן מבטאות את אינטרס טובת הילד, אך מעבר לרמת־סף זו הן אינן מרשות להביא בחשבון את טובת הילד "העודפת" כנגד חייו עם הוריהו/הוריו הטבעיים.

9. בריקאי ומאסס (לעיל, הערה 1) דנות בנפרד בהקשרים משפטיים-נורמטיביים ובהקשרים הלשוניים וה"אסתטיים". הייתי מציע להחליף את הפרדיקט "אסתטי" ב"רטורי" וב"נרטיבי" (לפי ההקשר), המדויקים יותר בהקשר זה. הדוגמאות שהמחקר מציג הן דוגמאות רטוריות מובהקות (בין השאר ביטויים עמוסים קונוטציות ערכיות, רגשיות ופסיכולוגיות. ראו להלן).

10. שם, 7.

הביטוי "פגעה", המייצג התנהגות באופן אובייקטיבי, החליף את הביטוי "התנכלה" המייחס מוטיבציה פסיכולוגית לאם. המשפט "האם לא טרחת לבקר את בנה" הוחלף במשפט "האם לא ביקרה את בנה".[11] באופן כזה "נוקו" טקסטים מאלמנטים רטוריים המוטים לכיוון מסוים ומאסוציאציות של אשם, הזנחה וכדו', כמו גם מאמירות חד־משמעיות ופוסקניות בעניינים אלו. הגַרסאות האלטרנטיביות הוצגו לקוראים שונים ששימשו מדגם למחקר.[12] הקוראים נתבקשו לומר, האם וביצד משנה המניפולציה הרטורית (היינו: ביצוע שינויים לגבי הטקסט המקורי) את משמעות הטקסט, את הסיפור? באופן ברור נטו הקוראים לייחס לביטויים המוחלפים אפקטיביות באפיון הדמויות (באופן טיפוסי, בהצגת ההורה כאור שלילי). באשר לטקסטים שנבחרו הורו הממצאים, כי גַרסת בית־המשפט נטתה להחמיר ברובד הרטורי עם ההורים ולהציגם לא כאנשים שנקלעו למצבים אלא כאחראים למצבים אלו. כך, למשל, באחד הטקסטים שונה המשפט "הגורמים המטפלים לא זכו לשיתוף פעולה מצדה של האם" למשפט "הגורמים המטפלים לא הצליחו להביא לשינוי בתפקודה של האם". 29 מתוך 36 קוראים קבעו, כי הטקסט המקורי של פסק־הדין מציג את ההורה באור שלילי ומאשים אותו בסיטואציה.

עם זאת, חשוב להדגיש – והמחקר אינו עושה זאת – כי גם הטקסט האלטרנטיבי אינו חסר אֶפקטיביות רטורית, סיבתית ואף אתית. אם הטקסט המקורי מתאר "גורמים מטפלים" תמימים ואַם שהביאה על עצמה את צרתה, מתאר הטקסט האלטרנטיבי "גורמים מטפלים" שנכשלו במאמציהם, שייתכן כי הם חסרי־מסוגלות ובכל מקרה הם הצד הפעיל, לא הסביל, בכשלון מאמצי התפקוד. הוא שנאמר לעיל: שפה ניטרלית, נטולת־רטוריקה, אינה קיימת. תכלית פרוייקטים ביקורתיים אינה צריכה לטהר נרטיבים שיפוטיים מרטוריקה, אלא להביא לידי מודעות רטורית שתקדם רטוריקה הוגנת.[13] מחקרן של ברקאי ומאסס הוא צעד חשוב (גם אם מוגבל בהיקפו) בזיהוי אלמנטים רטוריים וטכניקות

11. המחקר מבדיל בין לשונו של השופט ובין ציטוטים המובאים בפסק־הדין מפי אחרים. המניפולציות הרטוריות האלטרנטיביות נעשו רק בלשון השופט. כאן המקום להעיר, כי ציטוט כשלעצמו הוא מַניפולציה רטורית רבת־רבדים. הציטוט אינו "שם, בעולם", אלא בחירה של מִקטע מתוך ההכנסות האפשריות של קטעי־טולם לחלל השית של בית־המשפט. את מי בוחר בית־המשפט לצטט? למי הוא מאפשר לדבר בלשונו בדיבור ישיר, לכאורה בלתי־מתווך? כיצד הוא עורך את הציטוט והיכן הוא ממקם אותו? שאלות אלו נכללות באותן קטיגוריות רטוריות שמחקר זה, ומחקרים דומים לו, עוסקים בהן. בין השאר ראו: *Masson v. New Yorker Magazine*, 881 F2d 1452 (9th Cir. 1989). לדיון במקצת מן האספקטים ראו: Scott C. Herlihy, "Actual Malice and Direct Quotations: The Constitutional Right to Lie", 65 *Notre Dame L. Rev.* (1990) 564.

12. המַדגם היה קטן (36 קוראים, שלושה טקסטים) ולא היה אפשר לכמתו מבחינה סטטיסטית. הקוראים היו סטודנטים, שאין להם נגישות מיוחדת למשפט או הכשרה בקריאת טקסטים משפטיים.

13. לדיון ביקורתי בתפיסת ה"אחיקה של הנרטיב" ראו אלמוג (לעיל, הערה 7), 80-85, והספרות המצוינת שם.

רטוריות בפסקי־דין העוסקים באימוץ ילדים. אין הוא עובה – ולא זו היתה כוונת מחברותיו – לאתגר הקשה והמורכב של דרישת ההוגנות הרטורית כלפי הכלים האנליטיים הנדרשים לבחינתה. עם זאת (בבחינת סייג לסייג), גם כיוון כזה מוצג במִדגם, מסתבר, כי פסקי־דין עשירים ברטוריקה אמוטיבית נוטים לפסוק לרעת ההורים. טקסטים שקביעותיהם פחות הד־משמעיות ברובד האמוטיבי (שעניינו עמדות ערכיות ביחס לנורמות של הורות) נוטים לשפוט הורים שתייהם אינם תואמים מודלים נורמטיביים בפחות תומרה מאשר טקסטים עתירי־רטוריקה. במִדגם הועיר המובא במחקר זה – כך נטען – השפיע הדבר גם על תוצאת המשפט הסופית.[14]

[ג]

ממצא נוסף של ברקאי ומאסס הוא, כי בית־המשפט נוטה לתאר את המשפחה באופן שמרני, מונוליטי וחד־משמעי, תוך פקפוק, ואף התעלמות, מאפשרויות של קיום מסוגלות הורית – הנתפסת במונחים ביגאריים של "הכול או לא־כלום" – וקידום טובת הילד במשפחות שאינן משפחות פרדיגמטיות. נדמה, כי השיח הנורמלי הוא של משפחה גרעינית הטרוסקטואלית בורגנית, כלומר: תא משפחתי הנמדד במאפייניים ביתייביוריסטיים ולא בהכרח ביכולתו לספק לילד אהבה, הגנה ותנאים לחברות נאותה גם באמצעות מאפיינים אלטרנטיביים. אמנם, בתתום זה קיימת מתלוקת תיאורטית בין אנשי מקצוע: מחד גיסא, ישנם הטוענים, כי האינטרס הברור של הילד הוא לגדול בהתאם לערכי החברה שבמסגרתה יהיה ואשר על כן עדיף תא משפחתי המשקף ומקדם ערכים אלו (מצבים טעונים במיוחד

14. נוסף על כך ייאמר, כי המחקר ביקש מקוראים לנתח את תגובותיהם לביטויים ספציפיים ולא בחן באופן הוליסטי באיזו מידה היתה מסקנת ההליך השיפוטי – סיומו של הסיפור – מושפעת בפועל מאמצעים רטוריים אלו. המחקר הניח, כי אמצעים רטוריים אינם ניטרליים במסגרת הנרטיב המשפטי וכי הנרטיב עצמו אפקטיבי בהכוונת המסקנה השיפוטית. טענה אחרונה זו לא נבדקה: לא הונחו בפני קוראים משפטיים (כולל קבוצת־ביקורת) טקסטים שלמים שעברו מניפולציות רטוריות מודרגות כדי לבחון באיזו מידה, אם בכלל, ישנו הקוראים את מסקנתם הסופית ולא רק את עמדתם והערכתם כלפי הדמויות וסיפורן. בלא רכיב זה, שקשה מאוד לבודקו, אין הטיעון הביקורתי שלם (ככל שהוא מבקש להתבסס על נתונים אמפיריים ולא על תובנות ביקורתיות). אחד מיסודות הלגיטימציה של שיפוט על־ידי שופטים הנתפסים כטומחים (להבדיל ממושבעים) הוא יכולתם הנטענת להתעלם לפחות מחלק מן המניפולציות הרטוריות המשפיעות על קוראים (ושומעים) שאינם בעלי "מומחיות" ברבר. השופטים אינם רק מספרי סיפורים, אלא גם צרכני סיפורים שהצדדים וגורמים אחרים מספרים להם (וראו מאוטנר וברוקס (לעיל, הערה 5)). ייתכן שברקאי ומאסס ינסו ליישם כיוון מחקרי זה בעתיד ונצא כולנו נשכרים (אין זה ברור – לפחות לי – מהם מאפייני מומחיות זו בדיוק, אך ברי כי השופטים עצמם, ולמצער חלקם, מתייחסים אליה כאל מרכיב מרכזי של העשייה השיפוטית. ראו, לדוגמא, דברי השופט אגרנט בע"א 65/49 **פרייזלר נ' ווים**, פ"ד ה 878, עמ' 892).

חלים בחברות־מהגרים במצבים של פער בין־דורי).[15] מאידך גיסא, מחקר קודם של מאסס בוחן מאפיינים ישירים של טובת הילד – סובייקטיבים ואמוציונליים בדרך־כלל – המקודמים במסגרת תאים משפחתיים בלתי־פרדיגמטיים, כהורים הומוסקסואלים.[16] רשימה זו אינה המקום להיכנס לעובי הקורה בשאלה, באיזו מידה חברות נאותה תלויה בתא משפחתי פרדיגמטי (מחד גיסא, נוצר פוטנציאל ברור להתנגשות ערכית מול מוסכמות חברתיות מגיל צעיר, ומאידך גיסא, עשויים בהחלט להתקיים המאפיינים החשובים של אהבה, הגנה, תנאים להתפתחות וכדו', חברות אינה זהה לקונפורמיזם). מבחינה דוקטורינרית-משפטית יש להדגיש כי הדיון בטובת הילד אמור להיות בלתי־רלבנטי בנקודה זו, מכיוון שעילת אימוץ אינה תלויה בסוגיה של טובת הילד, אלא בשאלת המסוגלות ההורית. אך כפי שנטען לעיל, אין בית־המשפט מפריד תמיד בין שני מבחנים אלו ויש והוא בוחן את המסוגלות ההורית לפי היכולת לקדם את טובת הילד. הנקודה הביקורתית החשובה העולה מהמחקרן של ברקאי ומאסס (וממחקרים אחרים שהן מצטטות) הוא, כי בית־המשפט מבצע אידיאולוגיזציה של מודלים פרדיגמטיים של התא המשפחתי. פירושו של דבר הוא, כי בית־המשפט מכליל, תוך הענקת ערך, את נסיבות החיים המוכרות בדרך־כלל לשופטותיו ולשופטיו ומתייחס אליהן כאל מודל הראוי לחיים נורמליים. חיים במסגרת מודלים אלטרנטיביים נתפסים – כך עולה מן הלשון הנרטיבית־משפטית – כחיים בדרגות שונות של סטייה. כאמור, בית־המשפט נוטה להאשים בסטייה את ההורים, אף שמבחינה דוקטורינרית שאלת האשם או האחריות לסטייה כלל איננה רלבנטית לשאלת המסוגלות ההורית. ברקאי ומאסס מתארות נסיונות של הורים להציג דרכים אלטרנטיביות לתא המשפחתי הפרדיגמטי שעדיין יקיימו מסוגלות הורית – בדרך־כלל, בסיוע סוכנויות־סעד שונות – וכי הנטל המוטל עליהם להפריך את חזקת הזהות בין מסוגלות הורית ובין המודל הנורמלי כמעט שאינו ניתן לנשיאה, גם באותם מקרים שבהם מובא לפני בית־המשפט ידע אלטרנטיבי שעניינו תפקוד נאות של הורות בלתי־פרדיגמטית.

בנקודה זו אנו שבים לנקודת־הפתיחה. האידיאולוגיזציה של מודלים משפחתיים נורמליים מחייבת עיצוב ידע שיבסס אותה ברמת השיח. על־אף שלל המומחים ואנשי המקצוע המופיעים בפני בית־המשפט (שגם הידע שהם מנסים לשווק הוא ידע אידיאולוגי), תפקיד עיצוב הידע הסופי, הטיפול בשאלה "מה נחשב?" הוא בידי בית־המשפט. כפי שנטען לעיל, זהו אחד המאפיינים התורת־משפטיים המרכזיים (והפוליטיים ביותר) של השיח המשפטי. מאפיין זה – כוח זה – מטיל על בית־המשפט אחריות להתייחס בביקורתיות לידע שהוא כופה על העולם הנתון לשיפוטו. הסתרת הידע הזה, הסתרת השיקולים הערכיים באמצעות מבנים רטוריים, היא אי־הוגנות נרטיבית. בית־המשפט מעצב ידע, ותמיד יעשה זאת. מחובתו להיות מודע וליידע את הקהילה שבמסגרתה הוא פועל בהטיות האידיאולוגיות המכוונות את עיצוב הידע על־ידיו.

15. פול ד' שטיינהאואר, "הערכת כושרי הורות", חברה ורווחה ו (1985) 131.

16. מילי מאסס, "'טובת הילד' – על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים", חברה ורווחה טו (1995) 415.

nevo.co.il

[ד]

כיצד יש לקרוא החלטות שיפוטיות? הקונבנציה הפדגוגית בבתי־ספר למשפטים היא התמקדות בניתוח המשפטי תוך התעלמות מהנרטיב, או במקרה הטוב – שימת דגש קל עליו. הבחנה זו נתמכת על־ידי האידיאולוגיה הטקסטואלית של פסקי־דין: מבחינה מורפולוגית, מקטעים טקסטואליים מסוימים מתיימרים לעסוק ב"עובדות" (לעתים קרובות תחת כותרת זו), ואחרים – ב"מסגרת הנורמטיבית", היינו: בדין.[17] ההבחנה המיתודולוגית (היעילה לצרכים שונים) מטעה את הקוראת (וייתכן שגם את הכותבת) לחשוב על מקטעים אלו במונחים של קטיגוריזציה דואליסטית, עובדה לעומת נורמה. אף מבלי להיכנס לעובי הקורה של ביקורת החשיבה הדואליסטית בהקשר זה, מבקרת האנליזה הנרטיבית של פסקי־דין את ההבחנה בין עובדה לנורמה ברמות שונות של חומרה. מחקרן של ברקאי ומאסס מתמקד ברובד הלשוני והרטורי ומראה כיצד מניפולציות רטוריות "דוחפות" מסקנות משפטיות מסוימות באופן כזה שהדין הדוקטורינרי נדחק לשוליים וכי מניפולציות אלו מחויבות בתורן לאידיאולוגיזציה של ידע נורמלי על "מהות" התא המשפחתי. זו עבודה משובחת בריאליזם משפטי: אם המשפט הוא מה שבתי־המשפט מייצרים, אזי ההטיות האידיאולוגיות ה"דוחפות" החלטות שיפוטיות הן חלק מן המשפט לא פחות – ולעתים אף יותר – מן הנורמות המשפטיות במובן הפוזיטיביסטי.

ספרן של ברקאי ומאסס כתוב גם הוא מנקודת־מוצא אידיאולוגית. ביקורתן מכוונת לקלות־היתר שבה נוטלים בתי־משפט ילדים מהורים שאינם מקיימים את תנאי המודל הפרדיגמטי של התא המשפחתי בעילה של חוסר־מסוגלות הורית, כמו גם לפרשנות שמרנית ועתירת־מוסכמות של מושג "טובת הילד". לכותב שורות אלו אין כל "מומחיות" – עוד מבנה אידיאולוגי של הצדקת ידע – בסוגיה זו או בדיני משפחה, בכלל. ככל שהדבר נוגע לדוקטרינה, איני נוקט עמדה לגבי שאלת המדיניות השיפוטית הראויה בסוגיה זו. ענייני הישיר הוא בביקורת הדינמיקות הנרטיביות והאידיאולוגיות אשר להן – ובכך ברקאי ומאסס משכנעות בהחלט – השפעה מכרעת על הרציונליזציה של תהליך קבלת ההחלטות השיפוטי. המדגם המתואר במחקר זה הוא קטן ושיטת־המחקר צנועה, ואף שהוא מעלה הקשר טוב לכל השאלות שהועלו לעיל, אין הוא יכול להתיימר להגיע למסקנות חד־משמעיות בסוגיה (והוא אינו עושה כן). מנגד, המחקר מספק מקרה־בוחן מעניין ליישום ביקורתי של אנליזות מתחום הלשון במשפט (law & language), בצידוף תמיכה בתובנות התיאורטיות החשובות של פרדיגמה מחקרית זו.

[ה]

אם הטענה הראשונה שנטענה ברשימה זו נכונה – היינו: מרכזיות עיצוב הידע והמניפולציות שהוא גורר בעשייה השיפוטית – אזי נסיונות ביקורתיים "לשחרר" את העשייה השיפוטית מן הנרטיב ומן הרבדים האידיאולוגיים של עיצוב הידע אינם רק

17. לנרטיבים נוכחות בשני החלקים, וחלק מן המניפולציות הנרטיביות המרכזיות והקשות יותר לאיתור נמצאות בניתוח הדוקטורינרי. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 5), 16, והדוגמאות המובאות שם.

nevo.co.il

בלתי־רצויים, אלא בלתי־אפשריים. העשייה המשפטית מחייבת נרטיביות מכיוון שהיא מחייבת הכרת־עולם באופן שאינו בלתי־אמצעי.[18] על העשייה הביקורתית להתמקד אפוא במשמעויות האידיאולוגיות והפוליטיות של הנרטיביות. היינו: אם מערכת של "שלטון חוק" היא כזו המחייבת קבלת החלטות על בסיס הישמעות לנורמות משפטיות (במובן הפוזיטיביסטי ואף הדבורקיניאני), הרי שעקרונות המערכת הזו צריכים לחול גם על הנרטיביות עצמה. כך, למשל, מספרת הסיפור (נניח, שופטת) חייבת להתייחס בהגינות נרטיבית לכל הדמויות שבסיפורה (ואולי אף לאלו שאינן מופיעות בו).[19] דרישה כזו אינה מנטרלת פסקי־דין והליכים שיפוטיים מנרטיביות, אלא מכניסה את הנרטיביות עצמה לגדר תפיסה שלמה, ביקורתית ולא־פורמליסטית של מושג "ההליך ההגון" (narrative due process), שדיון מלא בה יידרש להזדמנות אחרת.[20]

18. אין זה המקום להידרש לשאלה הפילוסופית, האם קיימים אופני הכרת־עולם שאינם אמצעיים? ומהי בכלל המשמעות של הכרה כזו? השאלה המעניינת בהקשרנו אינה אם אנחנו מכירים את העולם "כמות שהוא", אלא מהן המשמעויות הפוליטיות של בחירות שמוסדות פוליטיים כבתי־משפט עושים בין הכרות־עולם שונות.

19. כאן המקום לציין, כי השופטים אינם בספרי הסיפורים היחידים במשפט, והם־עצמם צרכני סיפורים. תפיסה אתית-נרטיבית שלמה תחייב גם עורכי־דין לנורמות של הגינות נרטיבית. נורמות כאלה קיימות במידה מסוימת בשיטות אחדות, למשל: בתפיסת תפקיד התובע הפלילי במשפט הגרמני, המחויב לשקול ולהביא בפני בית־המשפט נקודות לזכות הנאשם שאינן עולות מן ההגנה.

20. ראו יונתן יובל, "צדק נרטיבי", מחקרי משפט (עתיד להתפרסם).

nevo.co.il